بحث عن الاستصناع

«تعريفه . حكمه . رأي الأئمة والفقهاء فيه

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين، نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين، ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين. وبعد:

فبما أن الاستصناع من المعاملات التي يتعامل بها الناس كثيراً وخاصة في هذا الوقت؛ لذا رأيت كتابة ما يسر الله تعالى لي في موضوعه، وجعلتها مشتملة على العناصر التالية:

أ – تعريف الاستصناع، ويتضمن ذلك تعريفه عند أئمة المذاهب الأربعة – رحمهم الله تعالى – وكلام بعض فقهائهم حول التعريف.

ب – حكم الاستصناع عندهم أيضاً، وشيء من التفصيلات في ذلك.

جـ – خلاصة رأي الأئمة وفقهاء مذهبهم في حكمه.

د – نبذه يسيرة حول الاستصناع في العقارات.

وذلك لبيان حكمه، راجياً من الله سبحانه وتعالى التوفيق والإعانة والسداد للجميع.

وصلى الله وسلم وبارك على نبينا محمد وآله وصحبه.



أ – تعريف الاستصناع[1] :

الاستصناع في اللغة : هو طلب عمل الصنعة من الصانع فيما يصنعه... وكان الواضح من العرف اللغوي أن الاستصناع هو أن يطلب من صانع أن يعمل له شيئاً ويصنعه مما هو من حرفته وصناعته ؛ كالرجل يطلب من الخياط أن يصنع له ثوباً ، ومن صانع له حذاء.

وعلى نطاق أوسع فيما بين الدول كأن تطلب الدولة من مؤسسة ما أن تصنع لها سيارات معينة ، أو طائرات على أوصاف تختلف عما هو موجود في البلد المصنوع ، أو آلات إنتاجية اخترعها شخص ما في بلدها.

أما التعريف الاصطلاحي للاستصناع عند الفقهاء واعترافهم بمشروعيته فيأخذ اتجاهين ، هما :

الأول : وهو اتجاه أكثر الحنفية : وصورته واضحة عندهم على أنه عقد مستقل ، أو ما يسمى في عرف النظم الوضعية : عقد مسمى.

الثاني : وهو اتجاه المذاهب الثلاثة (المالكية ، والشافعية ، والحنابلة)

---

(١) انظر التفصيلات في هذا التعريف وما بعده وبصورة أكثر في رسالة – عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي – دراسة مقارنة ، وهي رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير من المعهد العالي للقضاء بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالرياض – عام ١٣٩٧ هـ من ص (٥٣) وما بعدها.

وصورته عند أكثرهم قريبة إلى صورته عند الحنفية. لكنهم منعوه ولم يعطوه ذلك الاهتمام الكبير، إلا أن السلم بالصناعات كان البديل عندهم في التعامل بالصناعات.

تعريف الاستصناع عند أصحاب الاتجاه الأول (الحنفية):

يأخذ التعريف بالاستصناع عند فقهاء الحنفية طريقتين:

الطريق الأول: تعريفه بذكر صوره (التعريف بالرسم).

الطريق الثاني: تعريفه بالحد.

وفيما يلي تفصيل لهذا:

الطريق الأول: (التعريف بذكر صوره أي بالرسم).

ذكر كثير من فقهاء الحنفية صوراً للاستصناع للتعريف به نذكر من أقوالهم ما يلي:

قال الإمام السرخسي في المبسوط (١٣٨/١٢):

استصنع الرجل عند الرجل خفين، أو قلنسوة، أو طستا، أو كوزا، أو آنية من النحاس. وبمثله قال السمرقندي[١] وغيره.

---

(١) انظر: تحفة الفقهاء (٣ / ٥٣٨)، وراجع مخطوطة جامع الصدر الشهيد ترتيب الجامع الصغير للإمام محمد بن الحسن (٦٣/١).

وقال الكاساني في بدائع الصنائع (٦/٢٦٧٧):

لو قال إنسان لصانع من خفاف أو صغار أو غيرهما: اعمل لي خفا، أو آنية من أديم أو نحاس من عندك بثمن كذا، ويبين نوع ما يعمل، وقدره، وصفته، فيقول الصانع: نعم. وبمثل هذا قال البابرتي[١] وأبو بكر بن المنذر[٢].

وأما الكمال بن الهمام في فتح القدير (٣٤٥/٥) فقد زاد في أمثلة وصور الاستصناع التي تمثل ما كان معروفاً في عصره كصناعة الزجاج والحديد، والطواحن، وغير ذلك.. وبما يقارب هذا وذلك قال ملاّخسرو[٣].

وأما مجلة الأحكام العدلية المتأخرة عصراً؛ فقد جاءت بصور أخرى تدل على مافي ذلك العصر من صور جديدة. ففي المادة (٣٨٨) ما نصه:

مثلا لو أرى المشتري رجله لخفاف وقال له: اصنع لي زوجي خف...، أو تقاول مع نجار على أن يصنع له زورقا أو سفينة وبين طولها وعرضها وأوصافها اللازمة وقبل النجار انعقد الاستصناع. كذلك لو تقاول مع صاحب معمل أن يصنع له كذا بندقية كل واحدة بكذا قرشاً، وبين الطول

---

(١) العناية على الهداية (٣٥٤/٥).

(٢) مخطوطة الأشراف في مسائل الخلاف والإجماع، ص (٢٧). فقد جاء ما نصه: (واختلفوا في الرجل يستصنع عند الرجل الشيء مثل الطست، والإبريق، والقلنسوة، والخف وما أشبه ذلك، فوصف له صنعة معلومة معروفة عند أهل العلم بتلك الصناعة.. اهـ.

(٣) الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام (٢/ ١٩٧).

والحجم وسائر أوصافها اللازمة وقبل صاحب العمل انعقد الاستصناع[1].

وتفيدنا هذه الصور التي ذكرها الفقهاء ما يلي:

١ – ذكرو أمثلة الاستصناع عندهم وفي وقتهم وهي المعتادة والمتعارفة بين الناس. فالسرخسي ذكر الخف، وبمثله قال السمرقندي، والكاساني، والبابرتي، وابن الهمام، فهؤلاء جميعاً جاؤوا بنفس الصورة تقريباً: الخف، والطست، والقلنسوة. إلخ.

أما في العصور المتأخرة فقد اتسعت الحضارة، وبدت أشياء مصنوعة جديدة كما في عهد العثمانيين. فنجد الأمثلة قد توسعت إلى الثياب والأسلحة حربية كانت أو سلمية، والسفن الشراعية، وما إلى ذلك.

٢ – المادة الخام: أما المادة الخام المستعملة في هذه الأدوات المصنوعة؛ فالملاحظ أنها تتكون من النحاس، والجلد، إلا أن بعضهم كابن الهمام ذكر الحديد والزجاج والطواحن التي تتكون عادة من الآجر.

٣ – وأخيراً – فهذا لا يمنع أن تدخل اليوم في الاستصناع أنواع جديدة، ومواد خام لم تكن مستعملة سابقاً.. فالطائرة، والصاروخ،

---

(١) انظر رسالة عقد الاستصناع، ص (٥٦) نقلاً عن مجلة الأحكام العدلية، مادة (٣٨٨)، ونقلاً عن درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر، وشرح المجلة المذكورة لباز ص (٢١٨).

والبيوت الجاهزة، والسيارات، والأثاث، ومواد البناء، والآلات الدقيقة كالساعات، وغير ذلك من المعدات التي يحتاجها العصر الحاضر، وتملي علينا الظروفُ الصحية، والاقتصادية، والتعليمية، والزراعية، والصناعية، الحاجةَ إليها، والتي تعورف على الحصول عليها عن طريق الاستصناع، يمكن أن يدخل التعامل بها عن طريق الاستصناع.

الطريق الثاني لتعريف الاستصناع: التعريف بالحد:

بعد ذكر من عرفه بذكر أمثلته وصوره بين هنا من أراد تعريفه؛ وهو عند الحنفية على اتجاهين.

الاتجاه الأول: قال العيني في رمز الحقائق شرح كنز الدقائق (٥٦/٢، ٥٧):

الاستصناع: (هو أن يطلب من الصانع أن يصنع له شيئاً بثمن معلوم).

وقال ابن عابدين: في حاشيته على الدر المختار (٢٢٣/٥):

هو طلب العمل منه في شيء خاص على وجه مخصوص.

وعرفه محمد قدري باشا في مرشد الحيران (٤٦٢) بمثل تعريف ابن عابدين.

وكذلك عرفه من المعاصرين الشيخ علي الخفيف، والشيخ فهمي أبو سنة، إلا أن (أبو سنة) زاد في تعريفه قيداً هو من الشروط التي وضعتها

المجلة في الاستصناع بصورة خاصة فقال في صفحة (١٣٨) من كتابه (العرف والعادة): أن يطلب من الصانع عمل شي مادته من عنده على وجه خاص.

وتبين لنا مما سبق أن المعرفين للاستصناع لم يبينوا كونه عقداً أو وعداً، وهل هو بيع أم غير بيع، إلا أن هذه التعريفات هي نفس المعاني التي يراها الحنفية في أن الاستصناع نوع من البيع، لأن طلب المادة مع الصنعة وبثمن معلوم يستدعي مبادلة مال بمال بالتراضي عند الحنفية[1]، والبيع عند إطلاقه يكون عقداً لا وعداً.

الاتجاه الثاني: وبصيغة أخرى عرفه بعض الحنفية على النحو الآتي:

هو بيع؛ قال ابن عابدين في حاشيته (٥/٢٥٥):

الاستصناع: هو (بيع عين موصوفة في الذمة لا بيع عمل).

هو عقد: ومنهم من صرح تصريحاً واضحاً بكون الاستصناع عقداً.

منهم الكاساني والسمرقندي.

قال الكاساني: في بدائع الصناع (٦/٢٦٧٧): يرى بعض الفقهاء أن الاستصناع (هو عقد على مبيع في الذمة)...

قال السمرقندي: إن الاستصناع عقد على مبيع في الذمة وشرط عمله على الصانع.

---

(١) فتح القدير لابن الهمام (٥/٧٣).

وبمثل هذا القول نقل لنا الكاساني قول بعض الفقهاء[1] هو عقد مقاولة[2].

أما مجلة الأحكام: فترى أنه (عقد مقاولة مع أهل الصنعة على أن يعلموا شيئاً).

ويمكن أن نستخلص مما تقدم ماهية وحقيقة عقد الاستصناع عند الحنفية بالكيفية التي توصلت إليها المجلة العدلية بقولها: (إذا قال شخص لأحد من أهل الصنائع: اصنع لي الشيء الفلاني بكذا قرشاً وقبل الصانع ذلك انعقد البيع استصناعاً). ومثلت أمثلة من واقع الأمر كما لو طلب الصنع من النجار في صنع الزورق، أو السفينة، أو السلاح[3].

ويمكن اختيار التعريف التالي للاستصناع الذي هو: (عقد على مبيع في الذمة يشترط فيه العمل على وجه مخصوص)، وذلك لعدة أمور منها:

١ – التعريف الذي ذكر خاليا من قيد شرط العمل (وهو عقد على مبيع في الذمة) تعريف غير مانع؛ ذلك لأنه يدخل في التعريف عقد السلم

---

(١) تحفة الفقهاء للسمر قندي (٥٣٨/٢).

(٢) قاوله في أمره وتقاولا أي تفاوضا (انظر مختار الصحاح) باب القاف، وعقب علي حيدر في شرحه بأن هذا تعريف الاستصناع شرعاً في المجلة. انظر: درة الحكام شرح مجلة الأحكام (٩٩/١) لعلي حيدر.

(٣) موسوعة عبد الناصر الفقهية (٩٠/٧).

فيصبح التعريف جامعاً غير مانع. وشرط التعريف أن يكون جامعاً لأفراد المعرف، مانعاً من دخول غير أفراده فيه.

٢ – التعريف المذكور والمختار يوافق المعنى اللغوي. فالاستصناع طلب الصنعة والعقد على الاستصناع، فلا بد في العقد من قيد شرط الصنعة، وبذلك قال الكاساني في البدائع (٦/٢٦٦٧٧).

٣ – أما من قال: بأن شرط الصنعة ليس قيدا في التعريف؛ بدليل أنه لو تعاقد على مبيع في الذمة وأحضر البائع عيناً كان قد صنعها قبل العقد ورضي بها المستصنع وسلمها له انعقد العقد وصح.

فيرد على ذلك: بأن العقد هنا قد تم بطريق آخر غير الطريق الأول هو طريق التعاطي.

مقومات الاستصناع: يقوم الاستصناع على: مستصنع، وصانع، ومال مصنوع، وثمن.

فالمستصنع: هو طالب الصنعة إذا باشره بنفسه أو بواسطة، وقد يكون فردا أو مؤسسة.

والصانع: هو من يقوم بتحضير المادة الخام ويقوم بالعمل، إذا باشر الصنع هو أو من يقوم مقامه كالصانع الذي يعمل عنده أو يعطيه العملية بكاملها، ويكون الصانع المتعاقد مسؤولا عن كل شيء.

المال المصنوع: هو محل العقد: فعند تحويل المادة الخام إلى شيء آخر متفق عليه يسمى هذا المحول (بالمال المصنوع) أو (المستصنع) أو (المستصنع فيه) حسب تعابير الفقهاء.

والثمن: هو المال الذي يدفعه المستصنع نظير المطلوب صنعه، وهو قيمة المادة الخام مع عمل الصانع.

تعريف الاستصناع عند أهل الاتجاه الثاني: وهم: المالكية، والشافعية، والحنابلة.

المالكية: يستعمل فقهاء المالكية لفظة (استصنع) و(استصناع) في أواخر باب السلم فتشد الدارس إليها، ويظن أنهم اهتموا بالاستصناع كعقد مستقل كفقهاء الحنفية؛ إلا أنهم يشبهون مسائل الاستصناع بالسلم فيشترطون فيه شروط السلم، ولم يعتبروه عقداً مستقلا، بل أدرجوا مسائله ضمن مسائل السلم.

فقد جاء في مواهب الجليل لشرح مختصر خليل للحطاب (٤/ ٥٣٩) عند البحث في السلم، وبالذات عندما تكلم عما يجوز السلم فيه وما لا يجوز قال:

والشراء من دائم العمل كالخباز وهو بيع، وإن لم يدم فسلم كاستصناع سيف أو سرج. فعطف الاستصناع على ما يجوز السلم فيه.

وجاء في المدونة الكبرى للإمام مالك (٤/٥٣٩):

قلت: ما قول مالك في رجل استصنع طستا، أو تنوراً، أو قمقما، أو قلنسوة، أو خفين، أو لبداً، أو اصطنع سرجاً، أو قارورة، أو قدحاً، أو شيئاً مما يعمل الناس في أسواقهم من آنيتهم، أو أمتعهم التي يستعملون في أسواقهم عند الصناع؟.

أما ابن رشد في المقدمات (٢/١٥٩) وما بعدها؛ فقد لخص لنا رأي المالكية في السلم بالصناعات، وأعطى حكم هذا التعامل بأنواعه، وعد أنواع السلم بالصناعات بأنها أربعة؛ فقال: وأما السلم في الصناعات فينقسم في مذهب ابن القاسم إلى أربعة أقسام؛ وهذه خلاصة للأقسام التي ذكرها ابن رشد من المقدمات ببعض التصرف اليسير:

الأول: ألا يشترط المسلم المستعمل عمل من استعمله، ولا يعين ما يعمل منه، فهو سلم على حكم السلم لا يجوز إلا بوصف العمل وضرب الأجل، وتقديم رأس المال.

الثاني: أن يشترط عمله ويعين ما يعمل منه، فليس هو بسلم، وإنما هو من باب البيع والإجارة في الشيء المبيع، فإن كان يعرف وجه خروج ذلك الشيء من العمل، أو تمكن إعادته للعمل، أو عمل غيره من الشيء المعين منه العمل فيجوز، على أن يشرع في العمل، وعلى أن يؤخر الشروع

فيه بشرط ما بينه وبين ثلاثة أيام أو نحو ذلك. فإن كان على أن يشرع في العمل جاز ذلك بشرط تعجيل النقد وتأخيره، وإن كان على أن يتأخر الشروع في العمل إلى الثلاثة الأيام ونحوها لم يجز تعجيل النقد بشرط حتى يشرع في العمل.

الثالث: ألا يشترط عمله، ويعين ما يعمل منه. وهو أيضا من باب البيع والأجرة في المبيع إلا أنه يجوز على تعجيل العمل وتأخيره إلى نحو ثلاثة أيام بتعجيل النقد وتأخيره.

الرابع: أن يشترط عمله ولا يعين ما يعمل منه؛ فلا يجوز ذلك لأنه يحتويه أصلان متناقضان: لزوم النقد لكون ما يعمل منه مصوناً، وامتناعه لاشتراط عمل المستعمل بعينه.

ويقول الدردير في الشرح الصغير (٣/٢٨٧):

ثم شبه في السلم قوله: (كاستصناع سيف) أو ركاب من حديد، أو سرج من سروجي، أو ثوب من حياك، أو باب من نجار، على صفة معلومة بثمن معلوم، فالتعاقد على صنع شيء يأخذ حكم السلم عندهم.

وقال الدردير أيضا (٣/٢٦١):

وقول خليل: كاستصناع سيف تشبيه لا تمثيل.

ويستخلص من ذلك أن تعريف الاستصناع عند المالكية في اللغة:

طلب الصنعة، وطلب الصنعة عندهم إن كان من غير تعيين للعامل ولا المعمول منه (المادة الخام) فهو شبيه بالسلم، ويأخذ حكمه بشروطه، فتعريفه عندهم هو:

«بيع موصوف مؤجل في الذمة بغير جنسه يشترط فيه الصنع». وهذا التعريف عند المالكية مأخوذ من تعريف السلم الذي عرفه فقهاؤهم بعدة تعريفات، منها ما قاله صاحب أقرب المسالك. وانظر الشرح الصغير للدردير (٢٦١/٣).

ومنها ما عرفه بأنه عقد معاوضة يوجب عمارة ذمة بغير عين ولا منفعة غير مماثل العوضين[١].

وجاء في الشرح الكبير (١٧٠/٣): بيع تقدم فيه رأس المال ويتأخر المثمن لأجل. فأساس التعريف كما جاء في الشرح الصغير للدردير (٢٦١/٣) هو أن السلم بيع موصوف مؤجل في الذمة في غير جنسه.

تعريف الاستصناع عند الشافعية:

يظهر أن الشافعية لم يعتبروا الاستصناع عقدا مستقلا، بل هو مدرج ضمن مسائل السلم.

---

(١) انظر مواهب الجليل للخطاب (٥١٤/٤)، وما عرف في الشرح الكبير (١٧٠/٣) بأنه بيع تقدم فيه رأس المال ويتأخر الثمن لأجل. كما في هامش الرسالة المذكورة.

جاء في الأم للإمام الشافعي (١١٦/٢): أن السلم بالصناعات ينقسم إلى قسمين:

القسم الأول: هو ما كان من مادة خام واحدة ما عدا المادة المزينة.

وهو السلف في الصناعات المكونة من مادة خام واحدة.

جاء في الأم (١١٦/٢) وما بعدها: أن ما يصنع من مادة خام واحدة كالحديد، أو الخشب، أو الرصاص، أو الذهب، أو الفضة يجوز السلف فيها، ولو كان معها مادة مزينة كالصبغ في الخشب، والحديد، أو المسمار في الخشب، أو الخيط في القطن. أو الصوف في الأثياب.

فهو يرى أن طلب الصنعة للمادة الخام الواحدة جائز، ويعطيه حكم السلم كغيره من أصحاب الاتجاه الثاني؛ لكنه فصل بين ما إذا كان المستصنع فيه من مادتي خام فأكثر.

القسم الثاني: ما كان المصنوع من مادتي خام فأكثر ما عدا المادة المزينة.

جاء في الأم للإمام الشافعي (١١٦/٢) وما بعدها:

أنه لو شرط أن يعمل له طستا من نحاس وحديد، أو نحاس، ورصاص لم يجز لأنهما لا يخلصان؛ فيعرف قدر كل واحد منهما.

ويعني الإمام الشافعي بهذا ما خلط بشيء غير جنسه كالحديد والنحاس وغير ذلك من مواد الخام التي يمكن أن يخلط بعضها ببعض بشرط

أن يكونا مختلفين في الجنس، وإذا ما خلطا لم يعرفا، أو لم يكن فرز بعضها عن الأخر بالأمر الهين.

أما الأواني فأجاز الشافعي السلف فيها بشرط أن لا تدخل في أسباب المنع عنده، ومنها عدم ضبط المادة الخام من حيث صفتها ووزنها ونوعها وكل ما يتعلق بالضبط من كل الوجوه.

ويفهم من هذا أن الشافعي يجيز طلب الصنعة، ولو كانت من مادتين فأكثر إن توفرت الشروط من حيث ضبط الصفات للمادة الخام ووزنها وبيان جنسها نوعها.

فيستخلص من كلام الشافعي أن الاستصناع: «بيع موصوف في الذمة يشترط فيه الصنعة».

تعريف الاستصناع عند الحنابلة:

يمكن أن نأخذ تعريف الاستصناع عند الحنابلة مما جاء في كشاف القناع، والإنصاف وغيرها: أن الاستصناع غير جائز؛ نقلا عن القاضي وأصحابه[1]: بأنه لا يصح استصناع سلعة بأن يبيعه سلعة يصنعها له، لأنه باع ما ليس عنده على غير وجه السلم؛ بأنه: «بيع موصوف يشترط فيه الصنع لأعلى وجه السلم».

---

(١) الإنصاف للمرداوي (٤/ ٣٠٠).

وقيل[1]: لا يصح استصناع سلعة بأن يبعة سلعة يصنعها له، لأنه باع ما ليس عنده على غير وجه السلم. بأنه: (بيع موصوف يشترط فيه الصنع لا على وجه السلم).



ب – حكم الاستصناع:

حكم عقد الاستصناع عند الحنفية:

يرى جمهور فقهاء الحنفية مشروعية عقد الاستصناع[2]، وحكمه عندهم الجواز. وهذه بعض النصوص من كتبهم:

جاء عن الإمام محمد بن الحسن في الجامع الصغير قوله[3]: «لو استصنع رجل شيئاً بغير أجل جاز استحساناً».

وقال الكاساني في البدائع (٦/٢٦٧٨) في معرض كلامه عن الاستصناع: «أما جوازه فالقياس أن لا يجوز لأنه باع ما ليس عند الإنسان لا على وجه السلم». وقد نهى عليه الصلاة والسلام عن بيع ما ليس عند

(١) كشاف القناع للبهوتي (٣/١٥٤)، وانظر: الفروع (٢/٢٣).

(٢) انظر: البدائع (٦/٢٦٧٨)، وشرح فتح القدير (٥/٣٥٥)، وتحفة الفقهاء (٢/٥٣٨)، وشرح مجلة الأحكام لعلي حيدر (١/٣٥٨)، والفتاوى الأسعدية (٢/٥٧).

(٣) مخطوطة جامع الصدر الشهيد في ترتيب الجامع الصغير (١/٦٣).

الإنسان ورخص في السلم، ويجوز استحسانا لإجماع الناس على ذلك.

وقال ابن الهمام: في شرح فتح القدير (٣٥٥/٥) عن الاستصناع: بأنه جائز استحسانا.

أما السمرقندي في تحفة الفقهاء (٥٣٨/٢): فقد ذكر كلاماً عن الاستصناع فقال: والقياس أنه لا يجوز، وفي الاستحسان جائز.

ويقول أبو بكر بن المنذر في مخطوطته: (وقال أبو حنيفة: هو جائز، وللمستصنع الخيار إذا رآه مفروغاً منه[1]).

ونقل بعض فقهاء الحنفية رأي زفر في الاستصناع، وبينوا أنه يرى عدم جوازه.

قال ابن الهمام[2]: والقياس أنه لا يجوز وهو قول زفر.

أدلة جواز الاستصناع:

يرى جمهور الحنفية أن الاستصناع جائز استحساناً[3]، وأنه عدل عن القياس الذي بمقتضاه يكون الاستصناع غير جائز.

(١) انظر: مخطوطة الأشراف لأبي بكر بن المنذر ص (٢٧) وما بعدها.

(٢) انظر: فتح القدير (٣٥٥/٥).

(٣) انظر: شرح فتح القدير لابن الهمام (٣٥٥/٥)، والبدائع (٢٦٧٨/٦)، والفتاوى الأسعدية (٥٧/٢)، وتحفة الفقهاء (٥٣٨/٢).

ووجه الاستحسان: هو التعامل بين الناس بهذا العقد، فإن هذا التعامل الدال على الإجماع العملي من لدن رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا من غير نكير يعتبر حجة للعمل به.

والإجماع العملي هذا اعتبره حجة قوية استنادا إلى قول النبي ﷺ: «ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن، وما رآه المسلمون قبيحاً فهو عند الله قبيح». فتعامل الناس بالاستصناع وتعارفهم على عدم تحريمه واستمرار هذا التعامل من ذلك الوقت، وعلم العلماء به دون نكير منهم على هذا التعامل يعتبر بحق دليلاً قويا على جواز هذا التصرف وإباحة هذا النوع من التعامل.

قال القسطلاني: في إرشاد الساري (٥/٦٦، ٦٧) عند تعرضه لحديث الخياط: إن فيه جواز الإجازة على الخياطة رداً على من أبطلها بعلة أنها ليست بأعيان مرئية ولا صفات معلومة).

وجه آخر للاستحسان: وهو الحاجة الماسة إلى هذا العقد، فالإنسان قد يحتاج إلى أي مصنوع من جنس مخصوص، ونوع مخصوص، على قدر مخصوص، وصفة مخصوصة، وقلما يتفق وجوده على المطلوب، فيحتاج الإنسان إلى أن يستصنع، فلو لم يجز لوقع الناس في ضيق وحرج، ولا حرج في الدين فهو يسر لا عسر فيه، وما جعل علينا في الدين من حرج، وإلا

فكيف ييسر للناس الوصول إلى ما يريدون من الصناعات المختلفة إذا أغلقنا باب الاستصناع في وجوههم[1].

ويرى أيضا بعض من أجاز الاستصناع أن جوازه يستند إلى السنة النبوية، فقالوا:

أ – إن حديث استصناع الرسول ﷺ الخاتم يدل على أن مشروعية الاستصناع دليلها السنة، فقد استصنع الرسول ﷺ خاتماً[2]. ونقل شارح المجلة العدلية فقال: الاستصناع (ثبتت مشروعيته بالسنة وإجماع الأمة)، أما السنة فقد استصنع النبي ﷺ الخاتم[3].

ب – كما يستدل من السنة على مشروعية الاستصناع بما روي من أن الرسول ﷺ استصنع المنبر.

ومن الإجماع العملي أيضا: فقد استدل فقهاء الحنفية على مشروعية الاستصناع حيث أوردوا أنه ثبتت مشروعيته بالإجماع من لدن رسول الله

(١) انظر في هذا الكلام وما قبله وتفصيلات أكثر فيه: عقد الاستصناع في الفقه الاسلامي – دراسة مقارنة – رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير من المعهد العالي للقضاء بجامعة الإمام محمد بن سعود الاسلامية عام ١٣٩٧ – ١٣٩٨ هـ، إعداد عبد الكريم البدران، ص (٩٧ و٩٨) وما بعدهما.

(٢) انظر: شرح فتح القدير (٥/٣٥٥).

(٣) انظر: الدرر الحكام شرح مجلة الأحكام (١/٣٥٨).

ﷺ إلى يومنا دون نكير، فالإجماع منعقد على جوازه للحاجة.

يقول الكاساني في البدائع (٢٦٧٨/٦): ويجوز استحساناً لإجماع الناس على ذلك لأنهم يعملون ذلك في سائر الأعصار من غير نكير، وقد قال رسول الله ﷺ: «لا تجتمع أمتي على ضلالة».

وقال رسول الله ﷺ: «ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن، وما رآه المسلمون قبيحاً فهو عند الله قبيح». ولأن الحاجة تدعو إليه فقد يحتاج الإنسان إلى خف أو نعل من جنس مخصوص، ونوع مخصوص، على قدر مخصوص، وصفة مخصوصة، وهذا قلما يتفق وجوده مصنوعاً فيحتاج الإنسان إلى أن يستصنع مثل هذه المصنوعات وغيرها.

وقال الكاساني أيضاً في البدائع (٢٦٧٨/٦): لأن فيه معنى عقدين جائزين وهو السلم والإجارة، لأن السلم عقد على مبيع في الذمة، واستئجار الصانع يشترط فيه العمل، وما اشتمل على عقدين جائزين كان جائزاً.

وقيل أيضاً: إنما جاز الاستصناع استحساناً لما يلي:

١ – للتعامل الراجع إلى الإجماع من لدن رسول الله ﷺ.

٢ – لاستصناع الرسول ﷺ الخاتم.

٣ – أن جواز هذا العقد داخل ضمن الكثير من المعاملات التي يغتفر

فيها جهالة أحد العوضين إذا كانت يسيرة لا تؤدي إلى النزاع في المعاملات، فمن ذلك أن الرسول ﷺ أعطى الحجام أجره عندما احتجم عنده مع أن مقدار الحجامة غير معروف عند التعاقد، ولا كمية الدم المستخرج.

٤ – ومثل هذا؛ شرب الماء من السقا، فالسقا يعطي الماء للعطشان بدون تحديد لكميته، ولا معرفة لما سيعطي الشارب للماء، فهي جهالة يسيرة لا تؤدي إلى نزاع؛ كما سبق ذكره في الحجامة، إلى غير ذلك.

وخلاصة القول: أن مشروعية هذا العقد مستنده السنة، والإجماع العملي، والاستحسان.

ومن الحكم من مشروعية الاستصناع: أنه شرع لسد حاجيات الناس ومتطلباتهم، فالصانع يحصل له الارتفاق ببيع ما يبتكر من صناعة هي وفق الشروط التي يمليها المستصنع كالمواصفات والمقايسات وغير ذلك، والمستصنع يحصل له الارتفاق بسد حاجياته بوفق ما يراه مناسباً لنفسه، وبدنه، وماله، وحاجياته، أما الموجود في السوق من مصنوعات سابقة الصنع فقد لا يسد الإنسان حاجياته بها لسبب أو لآخر، وهذه قد تتضح أكثر لو تطلعنا إلى حاجيات الدول فيما بينها، والشركات صغيرها وكبيرها إلى الصناعات الحربية، والاقتصادية، والتعليمية، والصحية، وما إلى ذلك.

فعندئذ لما تقضي حاجات الناس جميعا أفراداً وشركات، ودولاً على

وفق منهج شرع الله تحل مشاكلهم، ويزدادون طمأنينة في هذه الحياة البالية الفانية[1].



أما المالكية: فمسائل الاستصناع عندهم داخلة في السلم بكل جوانبه، وهو جائز عند المالكية فيأخذ عندهم حكم السلم بشروطه.

فمثلاً في حاشية المدني على الرهوني (٣/٢٥٢):

لو أعطى للصانع الذي يصنع الآجر أو الجبار ثمن شيء معلوم وأخذ منه حالا أو إلى أجل قريب أو بعيد لجاز ذلك على أنه سلم.

وجاء في الشرح الصغير للدردير (٣/٢٨٧):

ما يدل على أن استصناع السيف، أو السرج، أو الثوب، أو الباب، ونحو ذلك من حداداً أو سروجي، أو حائك، أو نجار على صنعه معلومة، وبثمن معلوم جائز، وهو سلم يشترط فيه شروطه المعروفة.

لهذا نجدهم يشترطون ألا يعين العامل (الصانع) ولا المعمول منه (المستصنع فيه) في الاستصناع.

وجاء في المدونة لمالك (٩/١٩):

فإن اشترط أن يعمله هو نفسه، أو اشترط عمل رجل بعينه قال: لا

(١) انظر: رسالة عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي لكاسب عبد الكريم البدران.

يمكن هذا سلفا، لأن هذا الرجل سلف في دين مضمون على هذا الرجل، وشرط عليه عمل نفسه وقدم نقده، فهو لا يدري أيسلم هذا الرجل إلى ذلك الأجل فيعمله له أم لا؟ فهذا من الغرر وهو إن سلم عمله له، وإن لم يسلم ومات قبل الأجل بطل سلف هذا، فيكون الذي أسلف إليه قد انتفع بذهبه باطلاً[1].

قال الدردير في الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (١٩٤/٣):

وجدت نحاساً يعمل طشتا أو حلة، أو ثورا، أو غير ذلك فقلت له كمله لي على صفة كذا بدينار؛ يجوز إن شرع في تكميله بالفعل أو بعد أيام قلائل كخمسة عشر يوما فأقل.

وقال الدسوقي في حاشيته (١٩٤/٣):

ومحل الجواز إذا كان عند النَّحاس نُحاس بحيث إذا لم يأت على الصفة المطلوبة كسره وأعاده وكمله مما عنده من النحاس.



أما عند الشافعية: فالتعامل في المطلوب صنعه والمحتاج إليه في الحياة العملية داخل في باب السلم.

---

(١) انظر: الرسالة المشار إليها سابقاً.

ففقهاء الشافعية[1] جوزوا السلم في كل مال يجوز بيعه وتنضبط صفاته، فعندما يراد صنع مادة من الخشب، أو الحديد، أو الألمنيوم، أو من أي شيء آخر من المواد الخام التي أنعم الله بها علينا لاستطعنا أن نعرف كيف نصل إلى ما نريد، سواء كان عن طريق الإجارة والمادة من عند المستصنع، أو عن طريق السلم عند الشافعية. ولكن الشافعية لا يجوزون هذا التعامل كغيرهم من أصحاب الاتجاه الثاني إلا إذا ضبطت صفات المطلوب صنعه؛ لأن ما لا تضبط صفاته يكون مجهولا، والمجهول لا يجوز التعاقد عليه سواء بالبيع، أم بالسلم، أم بالإجارة.

ومن الأمثال التي ساقوها في هذا المضمار بخصوص المواد الخام، والمطلوب صنعه من الحاجيات هي الأثمان، والحبوب، والثياب، والفخار، والزجاج.

لهذا نجد الشافعية لا يجوزون السلم بهذه الأشياء المذكورة أعلاه إلا إذا كانت مادته مضبوطة الأوصاف، أي حفظت بقوة بحيث لا يؤدي التعامل بها إلى الجهل (والغرر بلا حاجة)[2].

أما السلم بالأواني المصنوعة، والمختلفة الأعلى والأسفل كالإبريق،

---

(١) انظر: مهذب الشيرازي.

(٢) نفس المصدر السابق.

والمنارة، والكرازة؛ فلهم فيها وجهان:

الوجه الأول: لا يجوز السلم بها، وذلك لأنها مختلفة الأجزاء، فلم يجز السلم فيها كالجلود.

الوجه الثاني: يجوز السلم بها، لأنها يمكن وصفها، فجاز السلم فيها كالأسطال المربعة والصحاف الواسعة.

وبعد هذا نستطيع أن نقول: بأن طلب الصنعة درس دراسة لا بأس بها عند الشافعية؛ إلا أنهم جعلوه ضمن أحكام السلم.

جاء في المهذب (١/٢٩٧):

يجوز السلم في كل مال يجوز بيعه وتنضبط صفاته، ومثل لهذا بأشياء تدل على أنها لا تباع إلا بعد صنعها كالفخار، وجوز أيضا التعامل بالورق المصنوع لأنه معلوم القدر ومعلوم الصفة. أما في صبغ الغزل ونسجه فيقول صاحب المهذب أيضاً: ويجوز فيما صبغ غزله ثم نسج لأنه بمنزلة صبغ الأصل.

وفي الثياب قال الشيرازي أيضا: واختلف أصحابنا في الثوب المعمول من غزلين، فمنهم من قال: لا يجوز، لأنهما جنسان مقصودان لا يتميز أحدهما عن الآخر فأشبه الغالية. ومنهم من قال: يجوز لأنهما جنسان يعرف قدر كل واحد منهما.

وفي روضة الطالبين للنووي (٤/ ٢٨):

يجوز السلم في الكاغد عددا، ويبين نوعه، وطوله، والكاغد هو من مصنوعات الورق غالباً.

الصناعة بالقالب:

إن أكثر الصناعات الحديثة يتم عن طريق التفنن بالشيء، وضبط صفات المطلوب صنعه حسب المواصفات، ثم يتم صنعه عن طريق القالب المصبوب بالماكينة أو الفرن، وإذا كان كذلك فالتعامل به يبعد الغرر والجهالة إلى حد كبير[١]. لهذا نجد هذه النقطة قد أثارها النووي حيث جوز السلم فيما يصب منها في القالب لعدم اختلافه.

والمطيعي في تكملة المجموع (١٣/ ١٣٠) تكلم عن الصناعات في باب السلم، فأدخل في هذا النوع من العقود كثيراً من المصنوعات الحديثة، وجوز التعامل بها على أساس طلب الصنعة وأعطاها حكم السلم.

ومن الصناعات التي جوز السلم بها: الثلاجة، والغسالة، والمذياع، والمحركات بأنواعها... إلخ، مما هو واقع في عصره، إلا أنه شدد على مسألة ضبط الصفة كالشافعي، وهي أمر هين على ما يقول: فإن المصانع ترسل سجلاً لكل آلة يصنعوها يبين فيها نوع المادة المصنوع منها، والشيء الذي تم

(١) انظر: الرسالة المشار إليها سابقاً في عقد الاستصناع.

به الصنع، ووزن المادة، وصفتها... إلخ، مما لا يخفى على كل واحد منا[1].

ويرى الشيخ أحمد فهمي أبو سنة[2] في مؤلفه نظرية العرف والعادة (ص ١٣٢)، أن الاستصناع جائز كما في كتب الشافعية، وهو المنقول في كتبهم حسب قوله: المنقول في كتب الشافعية أن منع هذه الصورة إنما يكون فيما لا ينضبط مقصوده بأن يجمع أجناساً مقصودة لا يعلم مقدار كل واحد منها كالخفاف، والثياب المصبوغة والغالية، بخلاف ما انضبط مقصوده بأن كان من جنس واحد، أو من جنس معلوم مقدار كل منهما، وهم أولى بنقل مذهبهم.



أما الحنابلة: فلم يفردوا للاستصناع باباً مستقلاً كما فعل الحنفية. وكذلك لم يتكلموا عنه في السلم كما فعل المالكية، والشافعية.

أما السلم في الصناعات: فقد تكلم عنه الحنابلة كغيرهم من الفقهاء، فالحنابلة يجوزون السلم في كل ما يوزن ويكال مما يضبط بالصفة التي تختلف الأثمان باختلافها[3] ففي مسالة بيع المذروع من الثياب والخيوط والثوب

(١) من رسالة الاستصناع المشار إليها سابقاً.

(٢) من المعاصرين، وهو أستاذ في الدراسات العليا بجامعة الملك سعود إبان تأليف رسالة عقد الاستصناع كما ذكره عنه مؤلفها.

(٣) المغني مع الشرح الكبير (٣٥٦/٤).

المختلف الغزول كقطن وإبريسم، أو قطن وكتان، فإنه يجوز بيعها من طلب الصنعة بشرط ضبطها[1] وذلك بأن يقول: السدى «ابريسم» واللحمة «كتان»[2] ونحوه.

وهذه صورة أخرى للاستصناع عند الحنابلة وهو ما أرادوه في المنع.

فقد جاء في مخطوطة الأزهر لكتاب الفروع والموجودة في مكتبة الأزهر تعليق لأحدهم على هذه الصورة فقال[3]: استصناع سلعة يعني: أن يشتري منه سلعة ويطلب منه أن يصنعها له، ووضح ذلك بصورة ما إذا اشترى منه ثوباً ليس عنده وإنما يصنعه له بعد العقد، فهذا باع ما ليس عنده.

وجاء في الإنصاف للمرداوي (٤/٣٠٠):

لا يصح استصناع سلعة لأنه باع ما ليس عنده على غير وجه السلم.

وجاء في كشاف القناع للبهوتي (٣/١٥٤):

لا يصح استصناع سلعة بأن يبيعه سلعة يصنعها له لأنه باع ما ليس عنده على غير وجه السلم[4]، وهو قول القاضي وأصحابه.

---

(١) كشاف القناع (٣/٣٧٧).

(٢) المغني والشرح الكبير (٤/٣٦٦).

(٣) الفروع لابن مفلح (٢/٢٣).

(٤) وانظر في ذلك أيضا: الفروع لابن مفلح (٢/٢٣).

وكان سماحة الشيخ محمد بن إبراهيم آل الشيخ مفتي الديار السعودية ورئيس القضاة في وقته لا يرى جوازه، حيث قال في معرض كلامه في البيع (٧/٤٧):

ويضاف إلى ما تقدم أن المقاولة على المعاطف وما ذكره من باب استصناع السلعة.

وقد قال في الإقناع وشرحه: «ولا يصح استصناع سلعة بأن يبيعه سلعة يصنعها له؛ لأنه باع ما ليس عنده على غير وجه السلم، ذكره القاضي وأصحابه». اهـ.

وقال في الإنصاف: فائدة. ذكر القاضي وأصحابه أنه لا يصح استصناع سلعة، لأنه باع ما ليس عنده على غير وجه السلم، واقتصر عليه في الشرح.اهـ.



جـ – وخلاصة: ما مر في حكم الاستصناع ما يلي:

١ – مشروعية الاستصناع «وجوازه» عند جمهور فقهاء الحنفية.

٢ – أما المذاهب الثلاثة: فلم تهتم به ذلك الاهتمام الذي أولاه إياه الحنفية.

فالمالكية: شبهوا مسائل الاستصناع بمسائل السلم، وأعطوه حكم السلم.

والشافعية: منعه عندهم إمامهم الشافعي نقلاً عن كتب الحنفية، وقيد المنع في كتاب الأم فيما إذا كان الصنع يؤدي إلى الجهالة المفضية إلى المنازعة، وإلا فهو جائز إن استطعنا ضبط الصفات من جميع الوجوه.

أما أصحاب الشافعي ومن جاء بعدهم: فقد ساروا على ما سار عليه أصحاب المذاهب الإسلامية الأربعة على جواز السلم بالصناعات بشروطها عندهم. لكنهم لم يتعرضوا للاستصناع لا بالجواز ولا بالمنع.

وأما الحنابلة: فقد منع الاستصناع عندهم كما نقل لنا في بعض كتب المذهب، لكنهم أجازوا السلم بالصناعات بشروطها المذكورة عندهم[1].



د – تصنيع العقارات: جاء في رسالة عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي (ص ٢٢١) ما نصه:

المبحث الأول: تصنيع العقارات[2]:

إن العقارات التي تبنى حاليا تلتبس على الكثير، على أن المراد منها نفس المراد بالاستصناع إلا أنها تختلف عن الاستصناع من عدة أمور هي:

الأول: من جهة كون المقاول يعمله في أرض المالك مما سبيل إلى رده

(١) انظر في ذلك: كلمة الرسالة المشار إليها سابقاً (عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي).

(٢) أعتقد أن هذا قد يفيد في السؤال الموجود في الإحالة.

إلا بهدمه.

الثاني: أنه بتجدد الأعصار أخذت مسائل الاستصناع التي يلزم بناؤها على مثل ما ذكره الفقهاء تختلف في مثل هذا العقد؛ حيث أدخلوا فيها أشياء كثيرة من الشروط، والتحديدات، والغرامات مما يتغير الحكم بدخولها في عقده، أضف إليه إدخال من الآلات والأدوات المتنوعة الجليلة، والدقيقة مما قد يوجد في بلد العقد وقد لا يوجد.

أما فقهاء النظام الوصفي: فقالوا: ينبغي أن يتعلق الاستصناع بتصنيع منقولات مادية.

ولا تعتبر عقود استصناع: الاتفاقات التي يتعهد بمقتضاها مقاول بأن يشيد لحساب شخص ما عملاً عقارياً أو ثابتاً يلتزم بأن يقدم مواده، إذ يكون حينئذ أمام مجرد استئجار للعمل والصناعة، فتصنيع العقارات لا ينطبق عليها عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي والنظام الوضعي.

المبحث الثاني: تصنيع المباني الجاهزة[1]:

الذي أراه[2] بالنسبة لبناء العقارات الجاهزة أو التي تسمى (السابقة الصنع) أنها تعتبر استصناعاً نظراً لما يلي:

(١) من رسالة عقد الاستصناع المشار إليها سابقاً.

(٢) القائل – كاسب عبد الكريم البدران – مؤلف الرسالة المذكورة.

١ – أنها ولو كانت في ملك المستصنع إلا أنه يمكن الفسخ والإرجاع بسهولة، وذلك بفتحها وإرجاعها إلى صاحبها عند عدم المطابقة، كالثوب فإن لا يصنع إلا وهناك جسم بشري يلبس عليه، فعند المخالفة للأوصاف ينزعه ليرجعه.

٢ – مهما أدخل المقاولون أو الصناع أشياء جديدة أو دقيقة، فما دام في الإمكان إرجاعها فلا بأس في ذلك ولا ضير، ولو كانت غير موجودة في البلد الذي تعاقد عليه المتعاقدان، فالوسائل الحديثة في النقل، واستعمال الآلات الكاتبة البرقية «التلكس» والحاكي، والهاتف، وغير ذلك من أنواع الآلات المستعملة في الاتصال تعين كثيراً على حل مشاكل الصناعة، والتجارة، وغير ذلك من التعامل بين البلدان بعيدة الأطراف، وعلى هذا تكون الصناعات التي كثرت في بلاد المسلمين في المباني الجاهزة داخلة في الاستصناع. والله أعلم[١].

هذا ما يسر الله لي الاطلاع عليه ونقله هنا. والله أعلم.

وصلى الله وسلم على نبينا محمد وآله وصحبه.



(١) لدراسة بعض عقود الاستصناع الأخرى المحلية والخارجية انظر الرسالة السابقة الذكر.